

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE230019-O

U/pz

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber  
Fabian Herren

## Urteil vom 28. Juli 2023

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG, LL.M. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt Winterthur-..., ... [Adresse] richterlich anzuweisen, auf dem sich im Eigentum der Gesuchsgegnerin befindlichen Grundstücks  
E-GRID CH1, Kat. Nr. 2, GBBI. 3, C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Winterthur ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 138'000.00 zzgl. Zins zu 5 % seit 13.12.2022 als vorläufige Eintragung vorzumerken.
2. Die Anweisung gemäss Ziffer 1 hiervorstehend sei superprovisorisch, d.h. sofort nach Eingang des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei, zu verfügen und dem Grundbuchamt unverzüglich zur vorläufigen Eintragung im Grundbuch mitzuteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. und Auslagen."

**Anträge der Gesuchsgegnerin:**

(act. 41 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin mit der Zahlungsgarantie ... vom **28. Juni 2023** eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB für die angemeldete Forderung der Gesuchstellerin, für welche auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ein Bauhandwerkerpfandrecht einstweilen vorläufig eingetragen wurde, geleistet hat.
2. Das Grundbuchamt Winterthur-... sei anzuweisen, das mit Verfügung des Gerichts vom 21. Februar 2023 zugunsten der Gesuchstellerin auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin, Kat. Nr. 2, Grundbuch Blatt 3, EGRID CH1, C.\_\_\_\_\_-Strasse ... , ... Winterthur, vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Forderung von CHF 138'000.00 nebst Zins vollumfänglich zu löschen.
3. Mit der Feststellung gemäss vorstehender Ziffer (1) sei das Original der Zahlungsgarantie ... vom **28. Juni 2023** an die Gesuchstellerin herauszugeben bzw. sei die Gerichtskasse entsprechend anzuweisen.
4. Der Gesuchstellerin sei Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuhängen; dies unter der Androhung, dass ansonsten Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Gesuchsgegnerin die Herausgabe der Zahlungsgarantie verlangen kann.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchstellerin."

### **Das Einzelgericht zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessverlauf

1.1. Auf Gesuch der Gesuchstellerin vom 20. Februar 2023 (act. 1) hat das Einzelgericht mit Verfügung vom 21. Februar 2023 das Grundbuchamt angewiesen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin ein Bauhandwerkerpfandrecht vorläufig einzutragen (act. 4). Die Anmeldung zur Vormerkung im Grundbuch erfolgte am 21. Februar 2023 (act. 7).

1.2. Am 23. März 2023 nahm die Gesuchsgegnerin innert erstreckter Frist Stellung zum Gesuch und reichte eine Zahlungsgarantie zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts ein (act. 12; act. 13/3). Am 14. April 2023 nahm die Gesuchstellerin innert erstreckter Frist Stellung zur eingereichten Garantie und bemängelte, dass aufgrund des Ausdrucks "mitsamt Zinsen" die Verzugszinsen mit der eingereichten Bankgarantie nicht gesichert seien (act. 19). Mit Eingabe vom 2. Mai 2023 reichte die Gesuchsgegnerin innert Frist eine neue Zahlungsgarantie ein, in welcher der Begriff "mitsamt" in "zuzüglich" geändert wurde. Im Übrigen blieb der Wortlaut der neuen Garantie deckungsgleich mit der früheren Garantie (act. 26; act. 27). Am 30. Mai 2023 nahm die Gesuchstellerin innert erstreckter Frist Stellung zur neuen Garantie und bemängelte neu die Bestimmungen über die Unterschriftenprüfung (act. 33). Mit Eingabe vom 5. Juli 2023 reichte die Gesuchsgegnerin wiederum eine neue Zahlungsgarantie ein, in welcher sie die von der Gesuchstellerin gerügten Bestimmungen über die Unterschriftenprüfung ersatzlos strich (act. 41; act. 42). Am 27. Juli 2023 nahm die Gesuchstellerin Stellung zur zuletzt eingereichten Garantie (act. 48). Da diese keine entscheiderelevanten Vorbringen enthält und gemäss den materiellen Anträgen der Gesuchsgegnerin zu entscheiden ist, kann die letzte Eingabe der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Entscheid zugestellt werden.

1.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist.

## 2. Formelles

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Gesuch ist einzutreten.

## 3. Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

3.1. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, auch wenn die Leistungen nicht in seinem Auftrag erbracht worden sind. Die Eintragung ins Grundbuch hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeiten zu erfolgen und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer bzw. ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB).

Geht es lediglich um die vorläufige Eintragung des Pfandrechts, so muss die Gesuchstellerin ihr Begehren nur glaubhaft machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB und Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3; Urteil BGer 5A\_688/2019 vom 6. November 2019 E. 4.2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3; Urteil BGer 5A\_688/2019 6. November 2019 E. 4.2 m.w.H.).

3.2. Die Ausführungen der Gesuchstellerin zu ihrem Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts werden von der Gesuchsgegnerin lediglich pauschal bestritten. Die Gesuchsgegnerin hat ausdrücklich auf eine substantiierte Gegendarstellung des Sachverhalts verzichtet (vorerst) und sich sämtliche Einreden und Einwendungen gegen die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Ansprüche für das ordentliche Verfahren vorbehalten (vgl. act. 12 Rz. 6). Damit ist für das vorliegende Verfahren von einem unbestrittenen Sachverhalt auszugehen.

3.3. Die Gesuchstellerin hat für die D.\_\_\_\_\_ GmbH betreffend das Mehrfamilienhaus an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., ... Winterthur, die Lieferung und Montage von Balkongeländern, Balkonen mit Seitenverglasung, Balkonböden, Untersichten, Entwässerungsrinnen mit Speier und Stützen offeriert und die Arbeiten ausgeführt. Das Grundstück an der C.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Winterthur steht im Eigentum der Gesuchsgegnerin. Als letzte Arbeiten hat die Gesuchstellerin am 23. November 2022 die Balkonstützen montiert (act. 1 Rz. 7 ff.).

3.4. Die Gesuchstellerin hat damit glaubhaft gemacht, dass sie als Bauhandwerkerin pfandberechtigte Arbeiten im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ausgeführt hat. Der Umfang der pfandberechtigten Forderung wird von der Gesuchstellerin auf CHF 138'000.00 beziffert und ist nicht bestritten (act. 1 Rz. 14). Ebenfalls unbestritten ist, dass die Viermonatsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten ist, da die letzten Arbeiten am 23. November 2022 verrichtet worden sind. Die Gesuchstellerin hätte somit Anspruch auf die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

#### 4. Hinreichende Sicherheit

4.1. Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Ein bereits eingetragenes Pfandrecht ist in diesem Fall zu löschen. Sofern der Unternehmer die Sicherheit nicht als genügend anerkennt, stellt das Gericht fest, ob die Sicherheit für die angemeldete Forderung hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist, wobei das Gericht die Sicherheit nur insofern überprüft, als die Gegenpartei substantiiert

te Einwände erhebt (vgl. RAINER SCHUMACHER/PASCAL REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl., Zürich 2022, N 1301 f.). Inhaltlich ist die Sicherheit dann hinreichend, wenn sie die Forderung voll und ganz sichert. Die Vergütungsforderung umfasst in der Regel einen Kapitalbetrag und Verzugszinsen. Letztere sind ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigt (SCHUMACHER/REY, a.a.O., N 1226 ff.).

4.2. In ihrer ersten Stellungnahme zur eingereichten Garantie hat die Gesuchstellerin moniert, dass die Verzugszinsen nicht unbeschränkt sichergestellt seien (act. 19). In ihrer zweiten Stellungnahme zur verbesserten Garantie hat die Gesuchstellerin die in der Garantie festgelegten Modalitäten der Unterschriftenprüfung gerügt (act. 33).

4.3. Die Gesuchsgegnerin hat in der Folge sowohl den Einwand betreffend Verzugszinsen als auch den Einwand betreffend Unterschriftenprüfung berücksichtigt und jeweils verbesserte Garantien eingereicht. Gegen die zuletzt eingereichte Garantie hat die Gesuchstellerin keine substantiierten Einwände erhoben (vgl. act. 48). Sie bestreitet zwar "rein vorsorglich", dass die erwähnte Zahlungsgarantie eine hinreichende Sicherheit nach Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle (act. 48 S. 1 Mitte). Das Gericht nimmt jedoch keine über substantiierte Einwände hinausgehende Prüfung der Sicherheit vor, worauf die Gesuchstellerin mit Verfügung vom 24. März 2023 hingewiesen wurde (act. 14). Da die Gesuchstellerin keine solchen Einwände erhoben hat, ist die zuletzt eingereichte Garantie somit als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren.

4.4. Nachdem eine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB vorliegt, ist die Löschung des mit Verfügung vom 21. Februar 2023 vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts anzuordnen. Demgemäss ist das Grundbuchamt Winterthur-... anzuweisen, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – zu löschen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – das Original der Zahlungsgarantie der E.\_\_\_\_\_ Nr. .... vom 28. Juni 2023 (act. 42) an die Gesuchstellerin herauszugeben.

## 5. Folgen der Sicherheitsleistung

Mit Leistung einer hinreichenden Sicherheit wird der Streit nur dann beendet, wenn die Sicherheit *definitiv* bestellt wird. Im vorliegenden Fall leistete die Gesuchsgegnerin die Sicherheit nur zur Ablösung des vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Demgemäss ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht auf definitive Bestellung der Sicherheit zu klagen. Die Beurteilung, gegen wen die Gesuchstellerin ihre Klage einzureichen hat, liegt in der Verantwortung der Gesuchstellerin.

Die Prosequierungsfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen, allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 138'000.– auszugehen, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'000.– festzusetzen ist.

Über den Pfand- bzw. Sicherstellungsanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Ge-

suchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zuzusprechen.

Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer letzten Eingabe vom 5. Juli 2023 aus, die Gesuchstellerin habe in jedem Fall die Kosten dafür zu tragen, dass sie den Einwand betreffend Unterschriftenprüfung nicht bereits in der Stellungnahme zur ersten Garantie erhoben habe, womit eine "Extrarunde" nötig gewesen sei (act. 41 S. 2 oben).

Die Gesuchstellerin entgegnet zusammengefasst, dass die Gesuchsgegnerin die beiden "Extrarunden" zu verantworten habe (act. 48).

Betreffend eine allfällige Auferlegung der Kosten für die "Extrarunde", d.h. die Weiterungen nach Einreichung der zweiten Garantie, ist festzuhalten, dass der diesbezügliche Aufwand des Gerichts vergleichsweise gering war und jedenfalls durch die Grundgebühr nach wie vor abgedeckt wird. Es entstanden somit durch die "Extrarunde" keine zusätzlichen Gerichtskosten, die verteilt werden müssten. Mit Bezug auf eine allfällige Parteientschädigung ist einerseits die Eingabe der Gesuchstellerin vom 30. Mai 2023 (act. 33) als unnötig zu qualifizieren, da die diesbezüglichen Einwände gegen die Bankgarantie in der Stellungnahme zur ersten Garantie hätten vorgebracht werden können und müssen. Gleiches gilt für die letzte Eingabe vom 27. Juli 2023 (act. 48), die eine Folge dieser Eingabe war. Andererseits hat die Gesuchsgegnerin für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit der Einreichung der dritten Garantie keine Parteientschädigung zugute, da sie sich den nachträglich gegen die Garantie erhobenen Einwänden der Gesuchstellerin nicht wersetzte, sondern eine gemäss den Einwänden abgeänderte Bankgarantie eingereicht hat. Anspruch auf eine Erhöhung der Parteientschädigung für

die "Extrarunde" hat demnach keine der Parteien, weshalb über deren Auferlegung nicht entschieden werden muss.

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin mit Zahlungsgarantie der E. \_\_\_\_\_ Nr. ... vom 28. Juni 2023 hinreichende Sicherheit geleistet hat für die von der Gesuchstellerin zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts angemeldete Forderung.
2. Das Grundbuchamt Winterthur-... wird angewiesen, das aufgrund der Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2023 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist vollumfänglich zu löschen auf Grundstück Kat. Nr. 2, GBBI. 3, EGRID CH1, C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Winterthur, für eine Pfandsumme von CHF 138'000.– nebst Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2022.
3. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, die Bankgarantie der E. \_\_\_\_\_ Nr. ... vom 28. Juni 2023 (act. 42) – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – an die Gesuchstellerin herauszugeben.
4. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 2. Oktober 2023 angesetzt, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzuhängen, unter der Androhung, dass sonst Verzicht auf die Sicherstellung angenommen wird und die Gesuchsgegnerin die Herausgabe der Sicherheit von der Gesuchstellerin verlangen kann.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'000.–.  
Die weiteren Kosten betragen CHF 74.00 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes Winterthur-... vom 22. Februar 2023).

6. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren gemäss Dispositiv-Ziffer 4. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
7. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 4 angesetzte Frist zur Anhebung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 48, sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an das Grundbuchamt Winterthur-... und an die Obergerichtskasse des Kantons Zürich.
9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 138'000.–.

Die gesetzlichen Fristenstillstände geltend *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 28. Juli 2023

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Fabian Herren